



Expediente Nº: E/02642/2013

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **IBERDROLA GENERACION S.A.U.** en virtud de denuncia presentada por Dña. **A.A.A.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 11/02/2013 tiene entrada en esta Agencia un escrito de Dña. **A.A.A.** en el que declara que sin haberlo solicitado la compañía **IBERDROLA GENERACION S.A.U.** (en lo sucesivo **IBERGEN**) dio de baja su contrato de gas y electricidad y comenzó a prestarle el servicio.

Solicitó copia del contrato y según indica la reclamante, la firma no es suya, la fecha de nacimiento es errónea siendo correctos su dirección y cuenta bancaria

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia la Subdirección General de Inspección de Datos procedió a la realización de actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos denunciados, teniendo conocimiento de los siguientes extremos conforme al informe de actuaciones de inspección E/2642/2013 que se transcribe:

“ACTUACIONES PREVIAS

*Según indican los representantes de Iberdrola, en adelante **IBERGEN**; el contrato de electricidad y gas natural a nombre de Dña. **A.A.A.** para el domicilio ubicado en la calle Avda. San Luis, 108, 5o A de Madrid, se realizó mediante la modalidad de venta presencial a través de agente comercial externo con visita personal al domicilio del cliente y que debe ser siempre firmado por el titular del contrato.*

*Aportan copia de la documentación contractual referida al cliente Dña. **A.A.A.** que consta de los siguientes documentos:*

*Copia del contrato de suministro de gas natural y de electricidad suscrito a nombre de Dña. **A.A.A.**, con fecha de 30 de Noviembre de 2012, formalizado por un agente comercial externo, fuera del establecimiento mercantil y supuestamente firmado por el cliente en su propio domicilio.*

Se observa que en el citado contrato la fecha de nacimiento es 05/02/1978

*Facturas de electricidad y gas natural emitidas por la anterior empresa comercializadora (**ENDESA**). y supuestamente aportadas por el propio cliente al agente comercial para facilitar los datos técnicos del suministro. Según indican los representantes de la entidad, los datos bancarios en esta factura no están completos, por lo que necesariamente el agente comercial debe recabarlos directamente del propio cliente en el momento de la contratación e incluirlos en el formulario de contratación*

Cartas a la empresa distribuidora de gas natural y a la empresa distribuidora de

electricidad, solicitando el cambio de comercializador a favor de IBERGEN, así mismo supuestamente firmadas por el cliente.

Condiciones Particulares de aplicación al contrato suscrito y hoja de precios aplicables al contrato, asimismo supuestamente firmada por el cliente.

Con posterioridad a la contratación presencial indicada, se practicó por parte de IBERGEN la comprobación de la misma para lo cual se realizó una llamada de verificación para que el titular del contrato confirmase su aceptación al mismo y su aprobación a los productos y servicios contratados así como a las condiciones económicas pactadas en la visita del agente comercial a su domicilio.

Los representantes de la entidad aportan copia de una grabación de la citada llamada de verificación comprobándose que según indica la operadora se realiza en fecha 30 de noviembre (el mismo día que se firma el contrato) la interlocutora corrige su apellido indicando que es "BARRASA" cuando en el contrato figura "BAROSA", facilita su DNI 7517198 y su fecha de nacimiento 05/02/1978 información que coincide con la del contrato. En esta grabación acepta la contratación de los suministros de gas y electricidad con IBERGEN así como servicios de mantenimiento.

Finalmente indica que su cuenta bancaria corresponde a la entidad BANKIA y ratifica los últimos 4 dígitos.

En relación con las reclamaciones presentadas por la afectada:

Con fecha 09-01-2013 se recibió en el Teléfono de Atención al Cliente de IBERGEN una llamada de Dña. A.A.A. indicando que no había tramitado ningún cambio de comercializadora.

IBERGEN analizó la contratación realizada y con fecha 11-01-2013 (sólo 2 días después de la llamada de Dña. A.A.A.) envió escrito de contestación a la reclamación de la consumidora informándole de que, dada la apariencia de validez de la contratación, aportase una copia del DNI u otro documento oficial donde apareciese su firma con el fin de asegurar o no la validez de la contratación. Además, IBERGEN le envió una copia de toda la documentación relativa a la contratación y dio automáticamente la baja a todos los servicios adicionales contratados manteniendo únicamente los correspondientes a los suministros de electricidad y de gas de la vivienda para garantizar así la continuidad de los mismos.

Con fecha 20-02-2013 se recibió en IBERGEN un requerimiento de la Policía Judicial de la Comisaría del distrito de Hortaleza (Diligencias Previas 2.079) en el que, a raíz de una denuncia de Dña. A.A.A., se solicitaba a IBERGEN toda la información relativa a la contratación así como la identidad del agente comercial externo que había formalizado la misma.

Con fecha 22-02-2013 IBERGEN envió respuesta al requerimiento policial, enviando por correo electrónico copia de toda la documentación relativa a la contratación, información del agente comercial externo que la formalizó, de la empresa colaboradora para la cual trabajó dicho agente comercial y una copia de la grabación de verificación de la contratación.

Con fecha 15-03-2013 se recibió en IBERGEN un escrito de la Oficina Municipal de Información al Consumidor de Madrid (OMIC) en el que trasladan una reclamación de Dña. A.A.A. por el mismo motivo y en la que se indica que la pretensión o solicitud concreta de la reclamación es una indemnización económica por los supuestos daños y perjuicios causados por el cambio de comercializadora sin su

consentimiento.

Con fecha 11-05-2013 IBERGEN envió, por correo electrónico, respuesta a la OMIC a la reclamación de Dña. A.A.A., adjuntando un escrito en el que se informaba detalladamente de lo sucedido y la resolución adoptada por IBERGEN y se informó, además, de que ese hecho se había debido a la actuación de un agente comercial externo a IBERGEN. Asimismo se informó de las siguientes acciones realizadas:

La anulación inmediata de todas las facturas de electricidad y de gas natural emitidas por IBERGEN y la devolución de los importes que hubieran sido abonados por la energía que había consumido, para que este incidente no supusiera ningún cargo económico para Dña. A.A.A..

La paralización de la emisión de futuras facturas tanto de gas natural como de electricidad para ese domicilio.

La confirmación de que IBERGEN se había puesto ya en contacto con las anteriores empresas suministradoras de ese domicilio con el objeto de restituir los contratos a su situación anterior a la mayor brevedad posible.

Se informó también de que IBERGEN había puesto en marcha un proceso de investigación interna de la actividad del agente comercial externo responsable de los hechos para, en su caso, iniciar las medidas legales correspondientes.

IBERGEN continuó intentando restituir los contratos con las anteriores comercializadoras y, mientras tanto, paralizó la emisión de las siguientes facturas manteniendo la continuidad de los suministros de gas y electricidad de la vivienda de la consumidora, pero sin emitir facturación. Además, se contactó con Dña. A.A.A. y se le solicitó su colaboración para la restitución de los contratos con la comercializadora que fuera de su interés. Con fecha 29-10-2013 se recibe una llamada telefónica de Dña. A.A.A. en la que indicó que no estaba conforme con que fuera ella la que tuviese que cambiar de compañía.

IBERGEN le contestó, con fecha 13-11-2013, informándole de que sus contratos se encontraban finalmente dados de Baja con IBERGEN y de que se habían anulado todas las facturas emitidas. Además, IBERGEN le envió copia de la contestación a su reclamación que se envió en el mes de mayo a la OMIC y que este organismo no había comunicado a la consumidora.

Por su parte, IBERGEN ha penalizado económicamente a la empresa AVANTFORCE, S.L., empresa colaboradora de IBERGEN, por este caso y se le ha instado a que presente una querrela contra el agente comercial que formalizó la contratación al que, por otra parte, se expulsó inmediatamente de la campana de IBERGEN al tener conocimiento de los hechos.

En la actualidad, los dos contratos se encuentran en situación de Baja con IBERGEN y, a raíz de las gestiones de IBERGEN, la anterior comercializadora ha asumido los suministros que anteriormente Dña. A.A.A. tenía contratados con ella."

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, conforme a lo establecido en el artículo 37.d) en relación con el artículo 36, ambos de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de

Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD).

II

El artículo 6 de la LOPD—LO 15/99--, determina:

“1. El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa.

2. No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación comercial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado.

El tratamiento de datos de carácter personal tiene que contar con el consentimiento del afectado o, en su defecto, debe acreditarse que los datos provienen de fuentes accesibles al público, que existe una Ley que ampara ese tratamiento o una relación contractual o comercial entre el titular de los datos y el responsable del tratamiento que sea necesaria para el mantenimiento del contrato.

El tratamiento de datos sin consentimiento constituye un límite al derecho fundamental a la protección de datos. Este derecho, en palabras del Tribunal Constitucional en su Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, (F.J. 7 primer párrafo) señala que:

“...consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso.

Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos.

En fin, son elementos característicos de la definición constitucional del derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos. Y resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el reconocimiento del derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin, y, el derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos. Es decir, exigiendo del titular del fichero que le informe

de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que rectifique o los cancele”.

Son pues elementos característicos del derecho fundamental a la protección de datos personales, los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y tratamiento de sus datos personales y a saber de los mismos.

III

En el presente caso se procede a analizar la denuncia presentada en fecha 11/02/2013 en esta Agencia, en dónde el denunciante manifiesta que IBERGEN ha dado de alta el suministro de gas sin su consentimiento, haciendo un uso fraudulento de sus datos personales.

Entre la documentación presentada por IBERGEN se aporta copia del contrato firmado, factura de suministro de la anterior empresa y grabación de verificación de la contratación en la que el cliente facilita todos sus datos.

El principio de presunción de inocencia impide imputar una infracción administrativa cuando no se haya obtenido y constatado una prueba de cargo acreditativa de los hechos que motivan la imputación o de la intervención en los mismos del presunto infractor. Aplicando el principio “in dubio pro reo” en caso de duda respecto de un hecho concreto y determinado, que obliga en todo caso a resolver dicha duda del modo más favorable al interesado.

La presunción de inocencia debe regir sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, pues el ejercicio del *ius puniendi* en sus diversas manifestaciones está condicionado al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones. En tal sentido, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 76/1990, de 26/04, considera que el derecho a la presunción de inocencia comporta: *“que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia; y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio.”*

La presunción de inocencia rige sin excepciones en el Ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualquier sanción, ya sea penal o administrativa (TCo 13/1981), pues el ejercicio del derecho sancionador en cualquiera de sus manifestaciones, está condicionado al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propia posiciones.

Conforme a este principio, no puede imponerse sanción alguna en razón de la culpabilidad del imputado si no existe una actividad probatoria de cargo, que en la apreciación de las autoridades u órganos llamados a resolver, destruya esta presunción (TCo Auto 3-12-81).

En este caso, la Entidad denunciada aporta grabación que dota a la contratación del servicio de una presunción de certeza y veracidad en el alta consentida del servicio objeto de controversia entre las partes.

En cuanto al elemento subjetivo—culpabilidad--, hay que señalar que sólo

pueden ser sancionadas, por hechos constitutivos de infracción administrativa, las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aún a título de simple inobservancia—ex art. 130 Ley 30/92, 26 de noviembre--.

Por otra parte, corresponde siempre al responsable del tratamiento comprobar que tiene el consentimiento del afectado cuando realiza algún tratamiento con los datos personales de éste, así, en este sentido la Audiencia Nacional, en sentencia de fecha 31 de mayo de 2006 señalaba: *“Por otra parte es el responsable del tratamiento (por todas, sentencia de esta Sala de 25 de octubre de 2002 Rec. 185/2001) a quien corresponde asegurarse de que aquel a quien se solicita el consentimiento, efectivamente lo da, y que esa persona que está dando el consentimiento es efectivamente el titular de esos datos personales, debiendo conservar la prueba del cumplimiento de la obligación a disposición de la Administración, encargada de velar por el cumplimiento de la ley”*.

La jurisprudencia ha venido exigiendo a aquellas entidades que asumen en su devenir, un constante tratamiento de datos de clientes y terceros, que en la gestión de los mismos, acrediten el cumplimiento de un adecuado nivel de diligencia, debido a la cada vez mayor casuística en cuanto al fraude en la utilización de los datos personales. Así, La Audiencia Nacional señala en su Sentencia de 19 de enero de 2005, *“el debate debe centrarse en el principio de culpabilidad, y más en concreto, en el deber de diligencia exigible a (...) en el cumplimiento de las obligaciones de la LOPD, y no tanto en la existencia misma de una contratación fraudulenta, cuestión ésta que compete resolver, en su caso, a otros órdenes jurisdiccionales”* y añade que el elemento central de debate *“no es la existencia misma de la contratación fraudulenta sino el grado de diligencia desplegado por la recurrente en su obligada comprobación de la exactitud del dato”*.

De acuerdo a estos criterios, se puede entender que IBERGEN empleó una razonable diligencia en la contratación ya que ha aportado copia del contrato, facturas de la anterior suministradora y una grabación de verificación de la contratación con el cliente que facilita todos sus datos personales.

Esta circunstancia dota a dicha contratación por parte de la entidad denunciada de una apariencia de veracidad que elimina el elemento subjetivo de culpabilidad necesario para ejercer la potestad sancionadora.

Por otra parte, respecto a la diligencia posterior, tal y como ha manifestado la denunciada, cuando tuvo conocimiento de la reclamación del denunciante y, por tanto, de la posible actuación fraudulenta, IBERGEN inició un procedimiento de investigación interna analizando la venta, y solicitando al denunciante una copia del DNI u otro documento en donde apareciese su firma con el fin de asegurar la validez de la contratación.

IBERGEN envió al denunciante todas las pruebas documentales que obraban en su poder para que pudieran verificar su autenticidad y dio automáticamente de baja todos los servicios adicionales contratados manteniendo únicamente los servicios de suministro de gas y electricidad a la vivienda para garantizar la continuidad de los mismos.

Una vez aclarada la irregularidad en la contratación, IBERGEN anuló todas las facturas que habían sido emitidas asumiendo el importe íntegro de la facturación por el consumo de gas realizado en el domicilio durante el tiempo en el que el contrato permaneció comercializado por dicha entidad.

Una vez expuestas las consideraciones pertinentes desde la óptica de protección

de datos debe significarse que la denunciante, considerando que se ha producido un uso fraudulento de su DNI para dar de alta nuevos servicios mediando, en su caso, falsificación de su firma, ha recurrido a la denuncia policial, que en su caso, devendrá en la oportuna acción jurisdiccional en vía penal.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado,

Por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

1. **PROCEDER AL ARCHIVO** de las presentes actuaciones.
2. **NOTIFICAR** la presente Resolución a **IBERDROLA GENERACION S.A.U.** y a Dña. **A.A.A..**

De conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 37 de la LOPD, en la redacción dada por el artículo 82 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, la presente Resolución se hará pública, una vez haya sido notificada a los interesados. La publicación se realizará conforme a lo previsto en la Instrucción 1/2004, de 22 de diciembre, de la Agencia Española de Protección de Datos sobre publicación de sus Resoluciones y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 116 del Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, o, directamente recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 y en el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de este acto, según lo previsto en el artículo 46.1 del referido texto legal.

José Luis Rodríguez Álvarez
Director de la Agencia Española de Protección de Datos